

POR D. PEDRO DE LVGO ALBARRA-cin, residente en el Puerto de Santa Maria.

EN EL PLEYTO.

CON EL LICENCIADO DON Andres Arias de Lugo, vezino de la villa de Tribujena.

En Granada, En la Imprenta Real, En casa de Baltasar de Bolibar, En la calle de Abenamar. Año de 1654.

Num. 1. *Pretension de D. Pedro de Lugo.*



EN Virtud del llamamiento legal de la l 27. de Toro, y de la disposicion de la fundacion, pretende don Pedro de Lugo se ha de declarar, q̃ por muerte de don Iuan de Lugo Albarracin su tio, hermano natural de su padre, primer llamado, y vltimo posseedor, passò la possession, ciuil, y natural de los bienes, y rentas del mayorazgo, que de el tercio y quinto de sus bienes fundaron Alonso de Lugo Albarracin, y doña Ana Maria su muger, padres legitimos, y naturales del dicho don Iuan de Lugo, confirmando la possession que judicialmente se le mandò dar, y diò de todos los bienes, y rentas del dicho vinculo y mayorazgo a el dicho don Pedro, y mandando se le ampare en ella, reuocando, y dando por ninguna la mandada dar, y dada a el Licenciado don Andres de Arias, que litiga por pariente transuersal del dicho Alonso de Lugo, abuelo natural del dicho don Pedro de Lugo.

Num. 2. *Facti species.*

El caso es, que en catorze de Mayo de 1586. el dicho Alonso de Lugo, y doña Ana Maria su muger, otorgaron escritura de fundacion del vinculo, y mayorazgo, sobre que es este pleyto, *haziendo donacion por via de mejora de tercio y quinto, que se assignò en vna heredad de viñas, y oliuares con su casa, y pozos, en que puede auer sesenta y seys arançadas, poco mas, ò menos, en el sitio que llaman el cercado, termino de la ciudad del Puerto de Santa Maria, a don Iuan de Lugo Albarracin su hijo mayor, y a sus hijos, y descendiẽtes, y por esta orden van llamando a otros quatro hijos legitimos y naturales, prefiriendo el mayor a el menor, y el varon a la hembra, &c.*

Y si de todos los susodichos faltare la generaciõ de legitimo matrimonio, que suceda vna sobrina del fundador, y sus hijos, y descendientes.

Y a falta de ellos, llaman a Fabian del Castillo, sobrino de el fundador, vezino de la villa de Lebrija, y en fin de sus dias, suceda su hijo mayor varon, y si no la hembra.

Y si no tuuiere sucessor, suceda el pariente mas cercano de el fundador, y sus hijos, y descendientes. Y si

Y si no los tuuiere, sucedan los parientes de la dicha doña Ana Maria, fundadora.

Todos con obligacion y carga de nombre, y apellido de Lugo y Albarracin.

Y que los dichos bienes siempre, y perpetuamente para siempre jamas sean vinculados a titulo de mayorazgo, y no se puedan diuidir, si no que siempre esten juntos.

Y con condicion, *que si de todos no quedare generacion, que de los dichos bienes, y renta de ellos se digan ciertas missas por sus almas, y difuntos en la Iglesia de Señor San Francisco, de San Miguel perpetuamente, y para siempre jamas, porque assi es la voluntad de los susodichos.*

En el mismo dia catorze de Mayo de 1586. el dicho Alonso de Lugo despues de auer otorgado la fundacion del dicho vinculo, otorgò su testamento, con que muriò, por el qual declara la dote que lleuò su muger en cantidad de 3200. ducados, y el capital que lleuò el susodicho a el matrimonio que dize fueron treynta arançadas de oliuar en el cercado termino de el Puerto de Santa Maria. E instituye en el remaniente por sus herederos a sus cinco hijos. Y por vna clausula del dicho testamento, dize.

Num.2. *Clausula del testamento del fundador.*

Ytem, mando a Iacome de Lugo mi hijo natural vnas casas q̃ tengo calle de Caualleros, para que goze de las rentas de ella para sus alimentos, todos los dias de su vida, y en fin dellos vueluã a mis herederos, lo qual aya por via de alimentos, y no en otra manera.

Sucediò en este mayorazgo don Iuan de Lugo, hijo mayor de los fundadores, primer llamado, y vltimo posseedor, el qual por el testamento con que muriò, otorgado en diez y seys de Enero de el año de 1649. dize por vna clausula del.

Num.4. *Clausula del testamẽto del primero, y vltimo posseedor.*

Item, digo, y declaro, que Alonso de Albarracin, y doña Ana Maria mis padres fundaron vinculo, y mayorazgo del tercio y quinto de sus bienes sobre vnas viñas, y oliuares, y todos los llamados son muertos, sin dexar generacion, è yo fui el primer llamado, y no la tengo. Y mandaron, que faltando sucession de los llamados, sucediesse el pariente mas cercano, y quien lo viene a ser es don Pedro de Lugo Albarracin, hijo de Iacome de Lugo, y de doña Maria Sotelo su muger, que estan en las Indias en diferentes partes,

partes, y el dicho Iacome de Lugo fue mi hermano, hijo natural de mi padre, que assi lo confiessa el dicho mi padre por su testamento, y assi los hijos del dicho Iacome de Lugo son sus nietos, y deudos mas cercanos de mi padre; y assi lo declaro por descargo de mi cõciencia, y los recaudos, escrituras, y testamentos estan en poder de Bartolome Gutierrez: mando que de alli se entreguen a los hijos de Iacome de Lugo mi hermano, para que pidan lo que les conuenga.

Num. 5. *A don Pedro se le dà la possession, y se refiere el pleyto.*

Y con esto començò este pleyto en diez y ocho de Iunio del año de 1649. por pedimiento en virtud de poder de don Pedro de Lugo, absente en Indias en la ciudad de la Habana: y en virtud de la fundacion, y testamentos que se han referido, y con informacion de cinco testigos, q̃ dixeron como don Pedro de Lugo era hijo legitimo y natural de Iacome de Lugo, y D. Maria de Sotello su muger, y que Iacome de Lugo era hermano natural de don Iuan de Lugo el primero, y vltimo posseedor, ambos hijos de el fundador, y el dicho don Pedro era su sobrino, y como a tal lo auia reconocido, y se auian tratado, y comunicado, y eran auidos, y tenidos comunmente por tio y sobrino, sin auer sabido, oydo, ni entendido cosa en contrario, pidiò se le diesse, y se le mandò dar la possession.

Despues de lo qual la parte del Licenciado dõ Andres Arias saliò oponiendose contradiziendo la dicha possession, y pidiendo se le diesse a el susodicho por estar comprehendido en el llamamiento *de el pariente mas cercano, y sus descendientes*, porque dize que Bartolome de el Ojo su abuelo fue hermano de Fabian del Castillo, vno de los llamados, ambos hijos de Andres de el Ojo, y de doña Ana de Lugo, y que la dicha doña Ana de Lugo su visabuela fue hija de Iacobina Domestico su tercera abuela, y que la dicha Iacobina fue hermana de Ana de Lugo, muger que fue de Iuan de Albarracin, y que la dicha Ana, y Iuan de Albarracin fueron padres de Alonso de Lugo, fundador.

Y niega auer sido hijo natural el dicho Iacome de Alonso de Lugo, y caso que fuesse su hijo, seria adulterino, y los instrumentos, è informaciones que de

vna

vna, y otra parte se han presentado, se referiran en su lugar.

Los bienes deste mayorazgo, por estar don Pedro ausente en Indias, se mandaron poner en administracion.

Y auiendose acudido a esta Real Chancilleria sobre ello, se mandò dar, y dio prouision, cometida a la justicia de la dicha Ciudad del Puerto de Santa Maria, para que pusiesse en administracion los dichos bienes, y que se fuesse dando cuenta a la Sala.

La sentencia de el Corregidor de el Puerto Santa Maria, en 23. de Febrero de 1652. fue reuocar la possession mandada dar, y dada a don Pedro de Lugo, y mandarla dar a el Licenciado don Andres Arias.

Esta sentencia la executò sin embargo de apelacion.

De la qual està apelado de parte de don Pedro, y dicho de agrauios, y tiene pedido atentado en la forma ordinaria. Y concluso el pleyto, y visto en vista, se remitiò en discordia a otra Sala, adonde assimismo està visto.

Este es el hecho, que estarà mas dilatado en el memorial de el Relator. Y en quanto à el derecho que se ha de fundar, se prescindirà en tres partes. Num. 6. *Diuidese en tres partes lo que se ha de fundar en este informe.*

En la primera, *Que el dicho don Pedro de Lugo tiene prouado ser nieto de el fundador, que tuuo por su hijo natural a Iacome de Lugo, siendo moço soltero, en donzella, que por ser noble, y bien emparentada no se dize su nombre, a la qual calidad de natural, demas de la prouança, le assiste la presumpcion de derecho. Y que como hijo del hijo natural de el fundador, tiene llamamiento legal con precedencia a todos, y qualesquier transuersales. Y que en la palabra que a falta de los llamados suceda el pariente mas cercano, tiene llamamiento por disposicion de los fundadores.*

En la segunda, *Que don Andres no tiene prouado el parentesco que pretende por testigos, ni por instrumento alguno, ni contra la calidad de hijo natural, como lo fue el dicho Iacome de Lugo, antes solos dos instrumentos que ha presentado: el vno para dezir, que el primer llamado, y vltimo posseedor le confessò el parentesco: y el otro para assentar, que Iacome de Lugo naciò mu-*

chos

chos años despues de estar casado Alonso de Lugo su padre, fundador, estan conuencidos de falsos, y que assi don Pedro no tiene contraditor que en qualquier acontecimiento que fuesse; aunque se tuuiesse por prouado el dicho parentesco, por ser de transuersal, no puede hazer competencia con el nieto natural de el fundador; que por disposicion de la l. 27. de Toro *tiene primer lugar que los transuersales.*

En la tercera, y vltima; *que aunque se juzgan por dos fundaciones de mayorazgo el otorgado por marido, y muger en vna carta; sin embargo en este caso no se deue diuidir la parte de los bienes tocantes a la muger, ni para los parientes de la muger, quando los huuiera, ni para la obra pia, q̃ està substituida a falta de los parientes de marido, y muger; sino que tambien en aquella deue suceder el dicho don Pedro, no solo como nieto natural, sino como pariente de el fundador.*

PARS PRIMA.

Num. 7. *Que se puede entrar por llano, con presupuesto que don Pedro tiene prouado ser su padre hijo natural del fundador.*

EN Esta primera parte se puede entrar seguramente con presupuesto de que don Pedro tiene prouado muy suficientemente, que su padre fue hijo natural del fundador, y el susodicho su nieto; y en este caso no serà hazer presupuesto de la duda, porque no la tiene: antes lo hazen notorio con euidencia los instrumentos, y prouanças siguientes.

Num. 8. *Clausula del testamento del fundador, en q̃ le reconoce por su hijo natural.*

Primeramente la clausula del testamento de el dicho Alonso de Lugo, fundador, en que confessando por su hijo natural a el dicho Iacome de Lugo; como a tal le dexa vnas casas por via de alimentos.

Num. 9. *Conforme a la l. 11. de Toro, don Pedro no necessita de mas prueua que el reconocimiento del fundador.*

Con solo este reconocimiento no era necessario passar a otro genero alguno de prueua, porque conforme a nuestra ley Real, basta para probar que fue hijo natural del dicho fundador, y que lo aya reconocido por tal su hijo, l. 11. Tauri hodie, l. 9. tit. 8. lib. 5. Recopilat. ibi: *Con tanto, que el padre lo reconozca por su hijo.* vbi Matienç. glos. 3. Azeued. numer. 10. & Tauristæ in dict. l. 11. y el Obispo Iuan de Roxas in Epitome subcess. cap. 10. num. 34. Noguer. allegat. 25. à nu. 60.

Y en

Y en terminos de auerle dado, y dexado como a su hijo natural las dichas casas para sus alimentos; Pedro Dueñas, regula 342. vers. *Limita primo, nisi talis nominatio magis esset conueniens filio, quam extraneo, vt est datio alimentorum, & traditio alicuius rei ad alimenta: ex hoc erit constitutus in quasi possessione filiationis, ita Bart. in l. 1. in § idem per contrarium, ff. de liber. agnoscend. quem sequitur Anton. de Butr. &c.*

Num. 10. *El auerle dexado las casas para sus alimentos, como a su hijo natural, le constituyò en la possessiòn de tal.*

Item, la clausula del testamento conque muriò dō Iuan de Lugo, primer llamado, y vltimo posseedor, en que declara; *que el sucessor en este mayorazgo por su muerte viene a ser don Pedro de Lugo su sobrino, hijo de Iacome de Lugo su hermano, hijo natural de su padre.*

Num. 11. *Declaracion, que en razon de lo mismo hizo don Iuan de Lugo por su testamento.*

Esta declaracion de el hijo, y heredero de el fundador, e inmediato sucessor en el vinculo y mayorazgo de que se trata, prueua assimismo como la de el reconocimiento de su padre, porq̃ el heredero, è inmediato posseedor, para saber el sucessor en el dicho mayorazgo, se presume estar bastantemente informado de ello, glos. communiter recepta, vers. *Probationibus*, in l. 3. §. tacita, ff. de iur. fisc. vbi Bart. & communiter Scribentes, l. si quis à filio 32. §. si quis plures, & ibi Bartol. & in l. gerit, num. 17. ff. de adquirend. hæred. l. legato 37. § fin. ff. de legat. 1. Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 3. tit. 1. à num. 24. Vicenc. Fusiar. de fideicom. subst. q. 501. n. 1. & 9. vbi quamplurimi alij.

Num. 12. *Con la declaracion del tio de Don Pedro, siendo el inmediato, primero, y vltimo posseedor, y heredero del fundador, se comprueua lo mismo.*

Y en terminos de declaracion de el inmediato primero, y vltimo posseedor, para que se aya de seguir por los señores Iuezes, y dar el mayorazgo, a quien dixo que le pertenecia, y que deuia succeder en el, lo fundò el señor Molin. lib. 1. cap. 8. num. 38. Y alli los Adicionad. sobre dict. num. 38. in fin. donde dixerō: *Et huic declarationi, alioquim standum est, affertque magnum veritatis specimen, cum verisimilius tunc possessor maioratus defuncti voluntatem agnoscat, &c.* Y el señor don Iuan de el Castillo lib. 3. cap. 10. num. 35. y en el tom. 6. cap. 183. per tot. y en el cap. 184. desde el n. 6.

Num. 13. *El señor Molina, y otros, en los terminos de semejante declaracion, tuuieron, q̃ los señores Iuezes deuen juzgar conforme a ella.*

Item, dos cartas que el dicho don Iuan de Lugo, primero y vltimo posseedor, escriuiò a don Pedro, remitidas a las Indias, en que le llama sobrino, y le dize embie

Num. 14. *Cartas que escriuiò el vltimo posseedor a*

don Pedro, confessandolo por su sobrino, y suceßor en este mayorazgo.

Num. 15.
Las cartas embiadas solo al intento referido, es otra especie de prueua.

Num. 16.
En el juyzio possessorio de que se trata, solamente, aunque no huviera mas que las declaraciones del abuelo, y el tio, y aunque fuera solo la del vltimo posseedor, es bastante para obtener.

embie poder para que en su nombre tome possession de su consentimiento; vna en el año de 1632. y otra en el año de 1643.

Tambien es otro especie de prueua el auerle confessado, y tratado por sobrino, hijo de su hermano natural, y que como tal entrasse en su vida a posseer los bienes del mayorazgo, y embiadole las cartas a este fin, y no por otro, que entonces es prueua bastante, l. non epistolis 13. vbi Paulus de Castro, l. non nudis 14. C. de probat.

Y aunque don Pedro no tuviera mas que esta declaracion de el vltimo posseedor su tio, que le confiessa por su sobrino, y como a tal, por nieto natural de su padre, lo declara por sucessor en su mayorazgo, sola ella con la confession, y reconocimiento de el fundador su padre, aunque no huviera mas prouança de parte de don Pedro, era, y es bastante para obtener en el juyzio possessorio de que se trata, segun lo tiene Mieres part. 2. quæst. 2 à num. 160. desde el vers. *Item in hac materia notandum est, quod si possessor bonorum maioratus fateatur in testamento, vel in aliqua dispositione, &c.* Que por ser lugar selecto, y en terminos, se refiere a la letra desde el num. 163. en quanto dize: *Et quando tractatus parentuum probet filiationem, tam in petitorio, quam in possessorio tradit Menochius de arbitr. iudic. lib. 2. cent. 1. quæst. 86. pag. 241 Decius cons. 153. num. 4. Fortè tamen talis confeßio multum proderit in poßeßione petenda bonorum maioratus, licet in propietate non poßit, argum. textus in cap. transmißæ, qui filij sint legitimi, ad quod est doctrina gloß. Parifienßis in consuet. Paris. part. 1. §. 5. num. 88 fol. 84. vbi dicit, quod quamuis non stetur Prælato attestanti, & confitenti feudum esse antiquum, ad hoc, vt infeudare poßit sine capitulo, & solemnitatibus, iusta dictam sententiam, Bart. in dict. l. si fortè, ff. de castr. pecul. prodest tamen secundum eum, confeßio, ad obtinendum in poßeßione feudatarium.*

Et licet confessio aduersarij non probet titulum in beneficialibus, sufficit tamen ad obtinendum in poßeßorio, secundum Nicol. Miles, vers. Poßessor recuperandæ, Mascaod. de probat. lib. 1. conclus. 305. num. 7. fol. 187. ¶ *Ad hoc est etiam celebris doctrina Alciati in l. Scebola 29. num. 20. pag. 66. ff. de lib. & posthum. &c.* Et inferius: *Et in possessorio sufficit quasipossessio*

filiatio

filiationis, & in decessoris, secundum Alexand. cons. 51. col. 2. vers. Et magis, libr. 1. Alciat. in tract. de præsumption. præsumpt. 37. num. 5. Cephal. cons. 137. num. 6 Roland. cons. 22. num. 29. lib. 3. Decius in cap. per tuas, num. 9. de probat. & est communis secundum eum, cons. 54. num. 3. & plures citat Menoch. de arbitr. lib. 2. cent. 1. num. 70. casu 89. de quo legenda sunt, quæ scribo, part. 3 quæst. 15. & facit doctrina Baldi, cons. 370. lib. 5. & per text. in dict. §. si cui scribit, D. Gregor. Lopez in l. 17. tit. 6. part 6. glos. vltim. &c. Cui addo Ant. Monachum in decis. Florent 61. n. 9.

Item, la fee del Bautismo del dicho Iacome de Lugo, dada y sacada con citacion de don Andres, que no ha dicho cosa alguna contra ella; y la partida dize en esta manera: *En 7. de Diziembre de 1559. bautizose Iacome, hijo natural de Alonso de Lugo, y por la calidad de su madre no se dize. Fueron sus compadres, &c.*

Num. 17. *Fè verdadera de el Bautismo de Iacome de Lugo, en que se dixo ser hijo natural de el fundador.*

Este instrumento por si solo es bastante prueua del intento de don Pedro, porque tambien por el libro del Bautismo se prueua la filiacion, Surd. cons. 1. nu. 45. Stephano Graciano tom. 3. cap. 562. num. 67. & 68. Anton. Monachus decis. Florentina 61. num. 10. ibi: *Accedebat liber Baptismi, qui pariter probat tanquam factus à Parrocho, id est ab officiali publicè deputato, Alex. cons. 186 num. 6. lib. 2. in decis. nostra Bononiens. 10. num. 13. &c.* Noguer. alleg. 25 n. 97.

Num. 18. *Por la fee del Bautismo se comprueua tambien la filiacion.*

Item, las prouanças de testigos, como son los de la sumaria que despues se ratificaron: la prouança de las Indias fecha con citacion del dicho don Andres, y la prouança fecha en plenario, a donde en especial dize vn testigo, que es Iuan de Heredia vezino de Santiago de Cuba, de edad de 86. años, que sabe que Iacome de Lugo, padre de don Pedro de Lugo, fue hijo natural de el dicho Alonso de Lugo, fundador, que lo huuo en muger soltera, que el testigo conocio ser persona de calidad, y que tenia muchos parientes principales en la ciudad de Xerez, y podia casar con la susodicha, y và dando razon de su dicho.

Num. 19. *Prouanças de don Pedro, que por si solas eran bastantes.*

A estos instrumentos y prouanças les assiste la presuncion de derecho en quanto a la calidad de natural, por estar en caso que don Pedro tiene vez de Reo, por

Num. 20. *A los dichos, instrumentos, y prouanças de*

auer sido hijo natural y no espurio, ni adulterino, le assiste a Iacome la presuncion de derecho, porque Don Pedro en este caso no es Actor, si no Reo.

que auiendosele mandado dar, y dado possession; despues saliò contradiziendo, y oponiendosele el dicho don Andres Arias, y pretendiendo que Iacome no fue hijo natural, sino espurio adulterino, y q̃ se le auia de reuocar su possession, y mandarsela dar como a pariente de los transuersales del fundador; y no siendo, como no es don Pedro Actor demandante, se presume de su parte la dicha calidad, aunque no la tuviera prouada, segun lo fundan Tello Fernandez, in l. 11. Tauri, num. 3. & num. fin. Y mas bien, y en terminos Matienço in dict. l. 9. glos. 3. num. 8. tit 8. lib. 5. Recopilat. vbi etiam Azeued. num. 14. Ioan Garcia de expens. & meliorat. cap. 3. num. 21. & magis ex professo Ioan. Gutierrez practicar. lib. 2. super dict. l. 11. Taur. quæst. 112. per tot. maximè à n. 5.

Num. 21.
Aun que don Pedro no estuuiera, como estaua, en la possession, procedia lo mismo, porque en el juyzio possessorio de la l. 45. de Toro, ambos son Actores, y Reos.

Y aunque ambos a vn mismo tiempo huvieran entrado pidiendo la possession, y contradichose el vno a el otro, nihilominus no se podia tener solo por Actor a don Pedro, porque en el remedio possessorio de la l. 45. de Toro, que compete a los sucessores de el mayorazgo, ambos litigantes opositores son Actores, y Reos, si se dudare qual de los dos possee, y a ninguno le incumbe mas la carga de prouar, que a el otro, Thesauro decis. 306. num. 4. Mieres part. 3. quæst. 16. nu. 37. & 38. per text. in § duplitia, Inst. de interd. ita sic: Duplitia sunt, veluti vti posidetis interdictum, & vtrobi, ideò autem duplicia vocantur, quia par vtriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipuè Reus, vel Actor intelligitur, sed vnusquisque, tàm rei, quàm Actoris partes sustinet, D. Paz de tenut. cap. 13. num. 17. Dom. Pichardus in § retinendæ, nu. 17. Inst. de interdict. argum. cap. ex litteris, iunct. glos. versicul. *Vices duorum*, de probat.

Num. 22.
En este caso no tiene duda, por no auer prouança en contrario, antes don Andres en su peticion ante el inferior confiessa por hi-

A todo lo qual se advierte, que la parte de don Andres no ha hecho prouança, ni articulo en contrario, de que el padre de don Pedro no fuesse hijo natural de el fundador, antes en diferentes alegaciones ante el inferior lo tiene confessado por hijo natural, y de la peticion en que lo confiessa, haze mencion el Relator en su mem. y en los autos, fol. 56.

Iam

* Iam deinde benè infertur, q̃ el dicho don Pedro como nieto natural de el fundador de el dicho mayorazgo tiene llamamiento legal por disposicion de la l. 27. porque fue fundado por los padres, de el tercio y quinto de sus bienes, y auiendo faltado los hijos legitimos y naturales, entrò la ley llamando para despues de ellos a los naturales, que quiso sucediessen primero que otros algunos, y que se prefiriessen a los ascendiẽtes, y a los transversales; y assi estamos en el caso de la dicha ley, de que mas latamente trataremos en la 2 y 3. parte deste informe.

** Assimismo tiene llamamiẽto por dispo siciõ de la fundacion, porque en ella los fundadores a falta de los hijos legitimos, y de vna sobrina suya, y de Fabian de el Castillo, sobrino de el fundador, vezino de la villa de Librixa, llaman a el pariente mas cercano de el fundador, y a sus hijos, y descendientes, prefiriendo el mayor a el menor, y el varon a la hembra; y si no tuviere parientes el fundador, que sucedan los deudos, y parientes de la muger.

Y en la palabra, *El pariente mas cercano de mi el dicho Alonso de Lugo*, se comprehenden, no solamente los legitimos, y naturales, si no tambien los naturales, segun por la doctrina de Bart. in l. pronuntiatio, num. 1. §. 1. in prin. ff. de ver. sig. lo tiene Peregri. de fideic. ar. 22. n. 89. dũ ita dicit: *Naturales autem, & bastardi continentur appellatione coniunctorum, & consanguineorum, nã ex eodẽ sanguine procedunt, sicuti Bart. explicuit in dict. l. pronuntiatio, & l. fin. item sunt de parentella, idem Bart. in dict. l. pronuntiatio, Aretin. in l. quod dicetur, §. quod dicitur, col. 2. ff. de adquir. hæred. Decius consf. 365. col. 2. ac ideò in relicto coniunctis consanguineis, & parentibus, & per huiusmodi nomina naturalitatem significantia, includuntur.* Azeued. cons. 24. dub. 3. Additionatores ad Dom. Molin. lib. 3. capit. 3. super num. 41. vers. *Primo limita in vocatione propinquorum, in qua naturales comprehenduntur, &c.*

jo natural de el fundador a el padre de don Pedro.

Num. 23.

** Siendo don Pedro; como es, nieto natural de el fundador, y auiendo faltado los hijos legitimos, tiene llamamiento antes que los descendientes, ni transversales, ex dispositione expressa in l. 27. Taur.*

Num. 24.

*** Tambien tiene llamamiento don Pedro por la disposicion de la fundacion.*

Num. 25.

En el llamamiento de el pariẽte mas cercano, *se comprehendieron tambien los naturales.*

PARS

PARS SECVNDA.

Num.26.
Don Andres deuio prouar el parentesco, que pretende, con distin ió de grados desde la comun stipite, y con los 12. requisitos del cap. licet ex quadam.

DON Andres por ser el fundamento de su intécion, y en oposicion de quien tiene prouado clara y concluyentemente ser nieto del fundador, deuiò prouar el parentesco que pretende por la linea transuersal de parte de el fundador, con distincion de grados, començando desde la comun stipite; y con los doze requisitos de el cap. licet ex quadam, 47. de testibus, que re refiere Farinac. quæst. 69. à numer. 104. y el señor don Iuan de el Castillo, lib. 6. cap. 122. à num. 9. segun lo fundan Mieres part. 2. quæst. 7. à num. 58. vsque ad 64. y el señor don Iuan del Castillo lib. 5. cap. 93. à num. 54. & in dict. lib. 6. cap. 122 per tot. maximè à n. 9.

Num.27.
Ni por testigos, ni por instrumentos ha prouado el dicho parentesco.

De que se infiere, que no tiene prouado en manera alguna el dicho parentesco, ni por prouança de testigos, ni por instrumentos.

Num. 28.
La informacion de testigos ad perpetuam, hecha por Doña Ana Domestico, solamente fue a fin de prouar, començando desde la comun stipite, que Fabian del Castillo su hijo era sobrino del Fundador.

Por prouança de testigos, porque de tres generos de prouanças de que se vale la vna, es ad perpetuam rei memoriam, fecha en el año de 1590. a pedimiento de doña Ana Domestico, viuda de Andres de el Ojo, que esta pretende dō Andres que fue su visabuela, y que tenia tambien el renombre de Lugo, y por ella no parece que la dicha doña Ana dixesse, ni los testigos dizen, que tuuiesse por su hijo a Bartolome de el Ojo, abuelo de don Andres, si no que solamente dixo, que le conuenia prouar, y aueriguar, que Iacobo Domestico, y Leonor de Lugo, que son los de la casa primera de el Arbol que se ha dado, y los que dō Andres pretende por comun stipite, y que fueron abuelos del fundador, auian tenido por su hija a Iacobina Domestico, muger que fue de Fabian de el Castillo, y a Ana de Lugo, madre de el fundador, y que la dicha Iacobina, y Fabian del Castillo, eran padres de la dicha doña Ana, y que la susodicha auia sido casada con Andres Garcia del Ojo, de quien tenian por su hijo a Fabian del Castillo, que era de edad de treynta años, alto de cuerpo, y hermoso de rostro: y presenta siete,

ſiete,ò ocho teſtigos,q̃ue ſolamente dos dellos dizẽ, que Iacobo Domeſtico, y ſu muger tuvieron por ſus hijas a Iacobina Domeſtica,y a Ana de Lugo,y otros dos, que ſe tratauan como hermanas.

Y en el dicho pedimiento hecho por la dicha doña Ana,ni en la dicha informacion ad perpetuam,no ſe dize q̃ la dicha doña Ana tuvieſſe por ſu hijo a Bartolome del Ojo,que es lo principal y preciſo que auia de contener la dicha informacion,para enlazar,y encadenar el parenteſco que pretende don Andres como nieto de Bartolome del Ojo,porque no diziendo como no dize,ni el pedimiento,ni los teſtigos, q̃ Bartolome del Ojo fueſſe hijo de doña Ana Domeſtico, y hermano de partes de madre de el dicho Fabian del Caſtillo el mozo, que fue llamado por el fundador, no es prouança para el intento, ſi no muy fuera de el.

Num. 29.
En el pedimiento, y informacion no dixo que fueſſe ſu hijo Bartolome de el Ojo, ſi no ſolamente Fabian del Caſtillo.

Antes de la dicha prouança ſe infiere,y haze argumento,y preſuncion,que Bartolome del Ojo, abuelo de el dicho don Andres,no fue hijo de doña Ana Domeſtico,ſi no hijo de Andres Garcia del Ojo, que lo lleuaria a el matrimonio con la ſuſodicha, por que ſi fuera hijo de la dicha doña Ana,la miſma cauſa,y motiuo que tuvo para la dicha informacion ad perpetuã, que fue en orden de que conſtaſſe,que Fabian del Caſtillo ſu hijo era ſobrino del fundador,y primo ſegundo de ſus hijos,auia para prouar,que aſsimiſmo lo era Bartolome del Ojo,y ſi fuera ſu hijo, no es creyble ſi no que lo dixera,y declarara,y tambien que lo huviera dicho,y declarado,y llamado el fundador, porque no es de creer aſsimiſmo,ſi no que como llamò por ſu ſobrino a Fibian del Caſtillo, llamara tambien a Bartolome del Ojo,ſi fuera ſu ſobrino,y hermano de Fabian.

Num.30.
Infiere, que ſi D. Ana tuuiera por ſu hijo a Bartolome del Ojo, es de preſumir lo dixera y declarara,por las razones que ſe ponderã.

A que ſe allega la diuerſidad del apellido, y renombre,por que el Fabian ſe llamaua *del Caſtillo*, y no de el Ojo,y el Bartolome ſe llamaua *del Ojo*, que es el apellido de Andres Garcia del Ojo; y aſsi la diuerſidad de los apellidos haze argumento,y prueua, que eran de diuerſos padres,y familia,Calcano in conſ. 8. per tot.

Num. 31.
Por la diuerſidad del apellido, y renombre, ſe arguye,que Bartolome del Ojo, y Fabiã de el Caſtillo no eran

hermanos, sino que el padre de Bartolome lo auia lleuado al matrimonio con D. Ana.

tot. quia diuersitas nominum diuersitatem inducit in quacumque re, Barbosa axioma 74. ver. *Diuersitas*, ex Bald. cons. 194 num. fin. lib. 2. & alijs.

Num. 32.
La otra prouança ad perpetuam, en que el padre de don Andres quiso suplir el defecto que tiene la prouança ad perpetuam de doña Ana.

La segunda prouança de que se vale, es otra hecha ad perpetuam rei memoriam, a pedimiento de Bartolome Arias, padre de don Andres, por el año de 628: y en ella pretendio suplir, y encaxar lo que no dixo la prouança ad perpetuam hecha por doña Ana; y assi propuso que le conuenia prouar, y aueriguar, que Fabian de el Castillo, y Bartolome de el Ojo auian sido hermanos, hijos de doña Ana Domestico, y de Andres Garcia de el Ojo, en la qual lo dixeron algunos testigos.

Num. 33.
Ambas informaciones ad perpetuam estan redarguidas de falso, y no se han comprouado.

Esta prouança ad perpetuam, y la antecedente, estan redarguydas de falsa ciuilmente, y no estan comprouadas por don Andres, y assi no prueuan cosa alguua, l. 115. tit. 28. part. 3. vbi Dom. Gregor. glos. 1. Parladorus lib. 2. quotidianar. cap. fin. part. 1. §. 11. nu. 15. Azeued. in l. 1. num. 137. tit. 21. lib. 4. Recop. Hieronym. Gonçalez in reg. 8. gl. 64. n. 6.

Num. 34.
Ponderanse las sospechas que tienen de falsa esta vltima informacion ad perpetuam del año de 1628.

Mas en especial esta vltima informacion ad perpetuam es muy sospechosa de falsa, porque en ella se pretende prouar lo que no se dixo, ni declarò en la que se hizo a el mismo tiempo, aurà treynta y ocho años, y en tiempo en que no auia causa para que doña Ana Domestico omitiesse cosa de tanta importancia, como era dezir, y aueriguar, que Bartolome de el Ojo fuesse su hijo, si no que solo tratò de Fabian del Castillo, y quando se hizo por el año de 1628. ya estaua de proximo la vacante de este mayorazgo, porque se hallaua don Iuan de Lugo sin hijos, ni descendiētes, è imposibilitado de tenerlos, y no le citaron para la dicha informacion. Todo lo qual arguye ser falsa, como lo son los dos instrumentos de que se vale; el vno para comprouarla; y el otro para dezir, que Iacome de Lugo no era hijo natural, de que abaxo se dirà mas ex professo.

Num. 35.
Ambas informaciones fueron sin citaciō

Demas de lo qual no se le deue dar fee, ni credito, porque se hizo sin citacion de el vltimo posseedor, ni de interessado alguno, que entonces lo pudo citar, y

no

no se ha ratificado, ni abonado testigo alguno de los de la dicha prouança, y assi no prueua, ni haze presuncion alguna contra tercero interessado, como lo era, y es don Pedro, l. si quando, §. si cum oppottet, & in Auth. sed & si quis, C. de testibus, & in §. & hic verò, Auth. de testibus, cap. 2. de testibus, & ibi glos. ver. *Admonendus*, & ver. *Contra legem*, copiose Farinatius, quæst. 72. *de testibus examinatis, parte non citata*, à num. 1. Y en terminos de prouança hecha ad perpetuam rei memoriam, en el num. 2. y en la question 76. *Testes ante litem contestatam, & ad perpetuam rei memoriam, &c.* nu. 61. & in num. 80.

de parte alguna, y ningun testigo està ratificado, ni abonado en este juyzio con don Pedro, ni en otro alguno.

La tercera y vltima prouança es en plenario, en el año de 1651. porque los testigos, ni alcançan con la edad, ni dizen con requisito alguno de los doze de el cap. licet ex quadam 47. de probat. Farinac. dict. q. 69 à num. 104. ni se hizo ante escriuano publico a quien se cometio, si no ante vn escriuano de millones, con quien don Andres tenia mano para examinarlos a su modo.

Num. 36.
Prouança en plenario no alçan los testigos con la edad, ni dizen con los 12. requisitos del cap. licet ex quadam, ni fue ante escriuano publico.

En quanto a instrumentos no ha presentado escritura, ni testamento, ni fee de Bautismo alguno, si no solamente vna carta que el dicho don Andres, y su Procurador en su nombre, con juramento dixo ser de letra, y firma de don Iuan de Lugo, primero y vltimo posseedor, y que se la auia remitido, y por ella le llamaua sobrino, y le confessaua por inmediato sucessor, su fecha en 19. de Agosto de 1650.

Num. 37.
En quanto a instrumentos, don Andres se vale de vna carta que dize le embiò don Iuan en 19. de Agosto de 1650.

Esta carta se ha conuencido de falsa, y falsamente fabricada, porque don Iuan de Lugo muriò en 16. de Iunio de 1649. y se abriò su testamento en 18. de Iunio del mismo año de 1649. vn año antes de la fecha de la carta.

Num. 38.
Conuencese de falsa, porque don Iuan era muerto vn año antes en 16. de Iunio de 649.

El otro instrumento que ha presentado es vna fee, que suena ser de Bautismo, en orden de prouar, que quando naciò Iacome de Lugo, padre de don Pedro, estaua casado el fundador, su fecha en 10. de Agosto de 1572. que dize; *Baptizòse Iacome Clandestino, fue su madrina Maria de Roxas*, porque conforme a la fee de el Bautismo de don Iuan, hijo mayor de el fundador, q̃ esta

Num. 39.
Don Andres se vale de otro instrumento, que dize ser fee de bautismo del Padre de dō Pedro, para dezir q̃

no era su hijo natural.

està presentada, y fue en 16. de Diziembre de 1569. vendria a auer nacido Iacome treze años despues de casado su padre; y pondera assimismo don Andres la palabra, *Clandestino*, todo en orden de dezir, que Iacome no era natural, sino adulterino.

Num. 40.
Esta que llama fee de el Bautismo, se sacò sin prouision, ni citacion, y por su inspeccion narratiua, y lectura, se reconoce ser falsa.

Esta que suena ser fee del Bautismo de Iacome, se sacò sin prouision, ni citacion de la parte de don Pedro, y para que se juzgasse por falsa, y falsamente fabricada, no era necessario, si no considerar su orden y forma contra el estilo ordinario que se suelen escriuir las partidas de los libros de el Bautismo, y que no son Padrinos, ni Madrinas los que lleuan a bautizar a los niños, si no compadres, y comadres, y no se bautizan con solo la comadre, si no que principalmente ha de interuenir compadre, y los Padrinos, y Madrinas son para las velaciones, y no para los Bautismos, y la palabra, *Clandestino*, no mira a hijo espurio, ò adulterino, si no a matrimonio hecho clandestina, y secretamente, y assi por su inspeccion y lectura es euidente su falsedad, cap. licet, §. illos quoque, & ibi glos. vers. *In forma scripturæ*, cap. quam graui. de crimine falsi, Fari. de falsitate, q. 153. n. 159.

Num. 41.
Con mas claridad se conuence ser falsa con la otra fee de Bautismo verdadera, que se ha presentado.

Mas con mayor claridad se vè conuencida de falsa, y falsamente fabricada con otra fee, que es la verdadera de el Bautismo de el dicho Iacome, sacada en virtud de Prouision Real, y con citacion en persona, y la de su Procurador de el dicho don Andres, de el libro de la Yglesia Parroquial de san Miguel de la Ciudad de Xerez de la Frontera, su fecha en 7. de Diziembre de el año de 1559. que arriba queda referida a la letra en el num.

Num. 42.
Iacome de Lugo naciò 13. años antes de quando dize la fè presentada por don Andres, y don Iuan naciò 10 años antes despues de su hermano; y assi el padre no estaua casado.

De manera, que naciò treze años antes de el nacimiento que pretendiò el dicho don Andres: con lo qual, y con el testimonio de la fee de el Bautismo de don Iuan, hijo mayor de el fundador, que fue en diez y seys de Diziembre de 1569. que es diez años despues de el nacimiento de Iacome, su hermano natural, se haze euidencia, que quando el fundador huvo a Iacome, no estaua casado, ni lo estuvo muchos años despues.

De

De lo qual resulta, que no teniendo, como no tiene prouado don Andres ser pariente de el fundador, por que todas sus prouanças, è insttumentos, son vaciadizas, y no solamente sospechosos de falsedad, si no claramente, y con euidencia convencidos; no viene a tener don Pedro contradictor alguno.

Num. 43. *Concluye, que dõ Andres no tiene prouado el parentesco, y todo està conuencido de falso.*

Y assi aunque el mayorazgo no fuera de tercio, y quinto, si no en virtud de vna facultad Real, ò de vn transversal: y aunque el padre de don Pedro no fuera natural, si no espurio, por la perpetuydad de el mayorazgo; faltando los deudos, y parientes legitimos, era legitimo sucessor, segun en argumento de la l. generaliter, §. spurios, ff. de Decurionibus, lo tienen Flores Diaz de Mena, lib. 1. variar. quæst. q. 16. §. 2. num. 8. Mieres part. 2. quæst. 2. à num. 134. el señor don Iuan de el Castillo lib. 5. cap. 82. num. 49. & cum alijs Addicionatores ad Dom. Molinam, libr. 3. cap. 3. super num. 41. vers. *Quid verò omnibus deficientibus, &c.* Y el señor don Iuan Bautista de Larrea, disp. 32. n. 31.

Num. 44. *En este caso aunque el mayorazgo no fuera de tercio y quinto, si no de vn transuersal, ò en virtud de facultad Real, era preciso que obtuuiera dõ Pedro.*

Mas suponiendo (sin perjuyzio de la verdad) que don Andres no huviera provado ser pariente por parte del fundador en el grado que pretende colateral, siuè transversal, y que fuera hermano de Fabian de el Castillo, y aunque viuiera, y fuera el mismo Fabian de el Castillo, llamado por los fundadores, sin embargo auia, y deue suceder el nieto de el fundador, hijo de el hijo natural, segun lo dispuesto por la l. 27. de Toro, porque la facultad que diò a los padres para poder fundar vinculo, y mayorazgo de el tercio de sus bienes, fue con tal calidad, y condicion, que en primer lugar llamassen a los legitimos. Y à falta de ellos a los ilegitimos naturales, y en tercer lugar a los ascendientes, y en quarto grado y lugar los transversales, y se deuen tener por llamados por el orden, y forma que diò la dicha ley, aunque los padres lo ayan pervertido, ù omitido, y llamado a vnos de vn grado, antes que a otros de otro; porque los dichos llamamientos se deuen reduzir a el orden y forma allì prescripto, segun lo resuelve, sin contradictor alguno, toda la comun de los del Reyno; y en especial in d. l. 27. Tauri, Gomez Arias

Num. 45. *Aunque don Andres huuiera, que no ha prouado, ser pariente del fundador, no puede hazer competencia a don Pedro, que tiene llamamiento legal el de la l. 27. de Toro.*

Num. 46. *Aunque los padres no ayan llamado, y aunq̃ huuieran excluydo al hijo natural, se han de reduzir sus llamamiẽtos a el orden y forma que dio la l. 27. de Toro, para que sin embargo ayan de suceder en su lugar, como si los fundadores los huuieran llamado.*

in princip. Palacios Rubios à num. 50. Castillo à n. 1. Cifontes num. 4. Tello Fernandez num. 3. & 17. Velazquez de Auendaño glos. 2. & in l. 11. tit. 6. lib. 5. Recopilat. Matienç. in glos. 9. Azeued. à num. 38. & 45. Gutierrez pract. lib. 3. quæst. 52. Dom. Molin. lib. 2. cap. 11. à num. 11. el señor don Christoual de Paz in l. 200. styli, quæst. 7. principal. à num. 43. vsque ad nu. 155. & de tenuta, part. 1. cap. 34. à num. 42. Angulo de mejoras in l. 11. glos. 4. num. 17. & 18. y con muchos el señor don Iuan del Castillo lib. 2. cap. 7. & libro 5. cap. 98. vbi est videndus à num. 6. & in num. 18. don Pedro Noguerol alleg. 25. punct. 2 n. 95.

Num. 47.
Funda, que en razon de lo indiuiduo procede lo mismo que en el tercio, en quanto a el quinto.

Finalmente no impide si de contrario se dixesse, q̃ en quanto a el quinto pudieron los fundadores disponer libremente, y llamar antes que a los legitimos, ni naturales, a los transversales, y a los estraños, y a quien quisiessen. Porque se responde, que en razon de lo indiuiduo del mayorazgo, y que lo principal es el tercio, y por el se deue gouernar el quinto como accessorio, y parte menos principal, y por las demas causas, y razones, que en terminos terminantes truxo a el intẽto el señor don Iuan de el Castillo lib. 5. cap. 100. per tot. maximè à num. 18. & cap. 128. num. 21. don Pedro Noguerol alleg. 25. num. 111. y el señor don Iuã Bautista de Larrea disp. 32. n. 51.

PARS TERTIA.

Num. 48.
En quanto a los bienes vinculados de parte de la muger, porno ser don Pedro descendiente natural de la susodicha, es la dificultad que entendemos dio causa a la remission, sobre qual ha de suceder en ella, D. Pedro, Don Andres, ò la obra pia.

SI Alguna dificultad pudiera auer en este pleito, es en lo tocante a esta tercera parte, que entendemos, diò causa a la remissiõ en discordia, sobre, si en los bienes vinculados de la parte de la muger, por no ser su nieto natural don Pedro, con que de su parte los llamamientos parece no auer quedado sugetos a la l. 27. de Toro, y no auer salido pariente alguno de la parte de la susodicha. Qual de los tres aurà de suceder en ellos. O el dho dõ Andrés, caso q̃ se tẽga por prouado el parentesco que pretende, por que dira està llamado en primer lugar con los demas parientes

rientes màs cercanos de su marido. O si aurà de suceder la obra pia que està substituyda despues de todos los parientes, y descendientes de ambos fundadores. O si aurà de suceder don Pedro en esta parte de los bienes de la muger, por el mismo derecho que tiene para succeder en la parte de los bienes de el marido.

Y dà motiuò a esta duda el ser conclusion assentada, que quando marido y muger juntos en vna carta fundan mayorazgo, se entienden dos fundaciones, y se juzgan por dos mayorazgos separados iuris intellectu, licet eadem carta contineantur, sicuti sunt duo testamenta patris, & filij, l. Papinianus, §. sed nec impuberis, ff. de inoffic. testament. y pueden diuidirse sus llamamientos, y reuocar el vno, y quedar conforme el otro, segun Oldraldus consl. 174. Tiraquell. de primog. quæst. 68. Dom. Præses Couarr. de testam. part. 2. num. 8. Tello Fernandez in l. 27. Taur. nu. 13. Padilla in l. clari, num. 19. C. de fideicommiss. Paz iunior, quæst. 1. num. 14. Dom. Molina lib. 4. cap. 2. nu. 84. Ioan. Gutierrez in cap. quamuis pactum, num. 46 de pactis, in 6. & consl. 2. num. 6. Mieres part. 1. q. 23. Molino de ritu nupt. lib. 3. quæst. 6. à num. 8. & cum quam plurimis D. Ioan. del Castillo lib. 2. cap. 18. & lib. 5. cap. 67. num. 28. & cap. 89. num. 117. Addicionatores ad Domin. Molin. dict. libr. 4. cap. 2. super num. 84.

Num. 49. *Dà motiuo a la duda el juzgarse por dos disposiciones la fundacion del mayorazgo, otorgada por marido y muger en vna carta.*

Mas quien deue suceder en los bienes vinculados de la parte de la muger, en la misma forma, y por el mismo derecho que enlos del marido, es el dicho don Pedro, y no don Andres, ni la obra pia, patet ex sequẽtibus.

Num. 50. *Propone fundar, que quien deue suceder es don Pedro.*

Lo primero, porque la razon de dicidir, que huvo en la l. 27 de Toro, para dar el segundo grado en la sucesion de el mayorazgo de tercio y quinto a los ilegitimos naturales despues de los hijos, y descendientes legitimos, y naturales, y preferirlos a todos los de los mas grados, como son los ascendientes, y los transversales, porque aunque algunos de el Reyno dixeron, q̃ la razon de dicidir de la dicha ley estaua tan escondida,

Num. 51. *La razon de auer llamado en el segũdo grado a los naturales, y preferidolos a los demas en la l. 27. de Toro, algunos del Reyno dixeron no la alcãçauan.*

da,que no la alcançauan, y que solo entendian, que assi auia sido la voluntad de el Legislador, segun lo cõfiessa Tello Fernandez in dict. l. 27. Tauri, num. 12. illic: *Ideò non capio veram rationem huius legis, sed voluntatem in hoc iudico.* A quien refiere Ioan. Gutierrez pract. lib. 3. quæst. 52. num. 5. Matienço in l. 11. tit 6. lib. 5. glos 8. num. 1. & in dict. l. 11. Angul o de mel. glos. 7. num. 4.

Num. 52. *Razon de dicidir de la l. 27. de Toro en este caso, llamando despues de los legitimos a los naturales, es porque los vnos son herederos abintestato de los otros.*

Sin embargo, la razon que pudo tener la l. 27. de Toro para llamar en segundo grado a los naturales, despues de los hijos legitimos, no fue, ni pudo ser otra mas que la mutua sucession abintestato, que tienen entre si los hermanos legitimos, y los naturales, porque entre ellos es reciproca hæc succesio, l. fin. & ibi glos. ver. *Los bienes de los legitimos*, vers. *Quid tamen si tali fratri legitimo, & naturali, &c.* tit. 13. part. 6. Ioann. Garcia de nobilit. glos. 5. num. 19. & 20. Pat. Molin. de iust. & iur. tom. 2. disput. 167. num 21. Pater Gabriel Vazq. in opusculis, tract. de testam. cap 5. §. 6. dub. 7. num. 94. y el señor Solorçano de iur. Indiar. tom. 2. libr. 4. cap. 7. num. 42.

Num. 53. *La sucession en los mayorazgos se gouierna por la sucession abintestato.*

Y como la sucession en los mayorazgos se gouierna, y regula por la sucession abintestato, l. 1. C. de verbor. signif. l. 2. tit. 15. part. 2. Dom. Molin. lib. 3. cap. 9. n. 7. & 18. vbi Addicionat.

Num. 54. *De aqui es, que quiso la l. 27. de Toro, que despues de los legitimos sucediessen los naturales.*

De aqui es, que la l. 27. de Toro quiso, que los naturales sucediessen en el segundo grado despues de los legitimos, porque abintestato le tocaua la sucession de ellos, que como se ha dicho es reciproca, D. Greg. Lop. & alij supr. proximè relati. n. 52.

Num. 55. *En los mayorazgos del 3. suceden los naturales a los legitimos y no a los fundadores, y por legitima se reputa por disposicion de los legitimos.*

Sin que a esto se pueda dezir, que la sucessiõ en este mayorazgo, y en los demas de tercio, y quinto, es por disposicion de los padres, y no de los hijos legitimos. A que se responde, en conformidad de lo referido, que por ser el tercio de la legitima de los hijos legitimos, y naturales, no se juzga por disposicion del padre, si no de los hijos, cuya fue la legitima, y que assi en este caso el hijo natural sucede a el hermano legitimo, y no a el padre, a exemplo de la substitucion pupilar, l. si is qui ex bonis 6. ibi: *Quasi à pupillo capiat*, l. cohe-

redi

redi 41. §. cum filię, ff. de vulg. & pup. Bart. in l. 1. nu. 39. ff. eodem, Surdo conf. 112. num. 6. lib. 2. Cephal. conf. 416. num. 29. Honded. conf. 73. num. 12. & 19. lib. 1.

Num. 56. *Infiere, que por ser dō Pedro sucessor al hijo legitimo, como si fuera el fundador, y no a los padres, con el mismo derecho, y llamamiento q̃ sucede en la parte del marido, à de suceder en los bienes vinculados de parte de la muger.*

Y asi el hijo natural porque no sucede a los padres de los hijos legitimos, si no a los hermanos legitimos y naturales, como si fuesse en sus propios bienes, que por disposicion propia de ellos huuiessen sido vinculados, deue suceder en los bienes vinculados de parte de la madre de los hijos legitimos, muger de el fundador, por la misma accion, y derecho de el llamamiento legal de la l. 27 de Toro, que en la parte de los bienes del marido, padre de los hijos legitimos y naturales, y del hijo natural.

Num. 57. *Los fundadores expressamente llamaron en primer lugar despues de los hijos, a los pariẽtes del marido, y a los q̃ deuen suceder de su parte, como son los naturales: maximè no auiendo parientes de parte de la muger.*

Lo segundo, porque en este caso en que no han salido los parientes de la muger, segun su disposicion, deue suceder, en los bienes vinculados por el vno y otro, los que estan llamados de parte de el marido, que estos por la disposicion de la l. 27. de Toro, son los hijos naturales a falta de los legitimos, y por la disposicion de los mismos fundadores, que a falta de todos llamaron a el pariente mas cercano de parte del marido, en que tambien se comprehende el hijo natural, segun arriba queda fundado en el num.

Num. 58. ** Fundase este 2. medio por la dotrina del señor Greg. Lop. en caso de fundacion de marido y muger, q̃ quisieron q̃ los bienes no se diuidiessen, imò siempre anduuiessen juntos.*

* Y auiendo dispuesto q̃ los bienes no se diuidan, si no que estuviessen juntos, è indiuisibles, se prueua el intento por la doctrina del señor Gregorio Lopez, comunmente recebida, en la l. 2. titul. 15. part. 2. ver. *El mas propinquo pariente*, quæst. 4. vers. *Sed pone, quod maritus, & vxor, &c.* Adonde auiendo propuesto el caso en que marido y muger, ambos en vna escritura, fundassen mayorazgo, en que llamassen a sus hijos, y descendientes, y a falta de ellos a el pariente mas cercano, dize, que aunque se juzgan por dos mayorazgos, y cada vno de los fundadores sea visto auer querido proueer, y llamar a su pariente mas cercano, sin embargo por auer ambos dispuesto, quod semper indiuisibilis esset vna tantum maioria, en que no puede suceder si no vno solo, este deue ser en primer lugar el de parte del marido, y le refiere, y sigue el señor don

Iuan del Castillo lib. 5. cap. 67. num. 28. maximè in vers. *Ego verò, &c.*

Num. 59. *La doctrina del señor Gregorio Lopez se ajusta mas bien a el intento, porque demas de auer querido que no se diuidiessen, quisieron tambien que sucediessen en primer lugar los de la parte del marido.*

Y esta doctrina para que aya de suceder en la parte de los bienes vinculados de la parte de el marido, se ajusta mas bien, y procede con mayor razon en nuestro caso, porque demas de auer dispuesto, y querido que fuessen indiuisibles los bienes del dicho mayorazgo, y que siempre sucediesse vno en ellos, ordenaron, y quisieron asimismo, que primero sucediessen en el dicho mayorazgo los de la parte de el marido, sin que tengan llamamiento los de la parte de la muger, si no es a falta de los de la muger, y conforme a esto deuiendo de suceder en primer lugar por la parte del marido el dicho don Pedro su nieto, assi por el llamamiento legal, como por el de pariente mas cercano; siguese que deue suceder assimismo en la parte de bienes vinculados de parte de la muger, sin que se puedan, ni deuan diuidir, por auerlo assi querido, y dispuesto.

Num. 60. *Don Andres no puede suceder en los bienes de parte de la muger, por los mismos fundamentos que le excluyen para suceder en los bienes vinculados de parte de el marido.*

De adonde assimismo se sigue necessariamente, q̃ aunque don Andres huviera, que no ha prouado, ser pariente de el fundador, por la misma causa, y fundamentos que se han traido para que no deua suceder en los bienes vinculados de parte del marido, si no solamente dõ Pedro su nieto, no deue suceder en los bienes vinculados de parte de la muger.

Num. 61. ** Menos accion, y derecho tiene la obra pia que està substituyda despues de todos, y a falta de ellos.*

* Y menos deue suceder en ellos la obra pia, porq̃ està llamada a falta de todos los que deuen suceder de parte de el marido, y de la muger, deudos, y parientes de el vno y otro fundador, y mientras los huuiere nó ha llegado el caso de su substitucion, y llamamiento, que es condicional, ibi: *Y con condicion, que si de todos nó quedare generacion, que de los dichos bienes, y renta de ellos se digan, &c.* Y assi, si no es a falta de todos, no puede llegar, ni el caso, y condicion, vulga. l. cum ita 32. §. in fideicommisso, l. cum pater 77. §. à te peto marite, ff. de leg. 2. l. hæredes mei 57. §. peto de te vxor charissima, ff. ad Trebellian. Con que parece queda fundada a todas luzes, claramente, la pretension de Don Pedro.

Y en

Y en quanto à el atentado, parece deue auer lugar asimismo, porque don Pedro estaua posseyendo judicialmente, y en conformidad de el remedio de la l. 45. de Toro, y en el juyzio possessorio, y ordinario de ella, la apelacion de la sentencia tiene ambos efectos, y se comete atentado si se executa sin embargo, como en este caso se executò, y se le diò la possession a don Andres contra el auto, y prouision de la Sala, en que por ausencia de don Pedro se mandò, que la justicia pusiesse los bienes en administracion; y assi parece se deue reuocar por atentado todo lo proueydo, executado despues de la dicha apelacion, y en el tiempo que la parte de dō Pedro tuvo para apelar, Dom. Molina lib. 3. cap. 13. num. 7. y el señor don Christoual de Paz de tenuta, part. 1. cap. 12. à num. 1. y el señor don Francisco Salgad. de protect. Regia, part. 2. cap. 7. à n. 88. Salva in omnibus, &c. Num. 62. *Funda que deue auer lugar el atentado.*

Doctor Don Iuan de Cuenca y Cortès.